



Empleo público y corrupción en Colombia

Hernán Darío Vergara Mesa

Abogado y Magíster en Derecho. Profesor, Facultad de Derecho
y Ciencias Políticas Universidad de Antioquia.

Correo electrónico: hernandariovergara@gmail.com

Resumen

A propósito de una de las decisiones de tutela más audaces proferida por la Corte Constitucional de Colombia en los últimos años, en el artículo se hace un análisis de la estrecha relación que durante largo tiempo ha mantenido el fenómeno de la corrupción con las diferentes modalidades de provisión del empleo público o de cumplimiento de la función pública estatal. Allí se muestra cómo la figura de la provisionalidad ha sido utilizada, más que como un medio para atender transitoriamente las necesidades de la organización administrativa, como una forma de clientelismo político, mucho más cercana a los sistemas de patronazgo y de botín político que al de funcionamiento eficaz del sistema de mérito constitucionalmente establecido, incluso con anterioridad a la expedición de la Carta Política de 1991. Del mismo, se hace alusión a otros mecanismos que en los últimos años se vienen utilizando para encubrir con mayor sofisticación el citado patronazgo dentro de la función pública colombiana.

Palabras clave: empleo público; función pública; corrupción; Corte Constitucional.

Empleo público y corrupción en Colombia

Introducción

Hace relativamente poco se produjo una de las decisiones más controvertidas de los últimos años de la Corte Constitucional Colombiana, la sentencia SU-917 del 16 de noviembre de 2010. En esta providencia, la Corte hace una revisión aleatoria de decisiones de tutela emitidas por diferentes jueces y tribunales del país, con la finalidad de fijar el alcance de la protección de los derechos constitucionales fundamentales, de acuerdo con las competencias que le asignó la Carta Política de 1991, y determinar si los mismos, en las condiciones del caso concreto, debían ser objeto de protección judicial.

Lo particular de esta providencia, y ahí radica su importancia, es que la Corte revisa 24 procesos de tutela que tienen en común el mismo problema de constitucionalidad: aluden a demandantes que tenían la calidad de *empleados públicos nombrados en provisionalidad* que fueron a retirados del servicio mediante actos administrativos *inmotivados*. Además que, a partir de un extenso razonamiento, pronuncia una serie de medidas que, en principio, en nuestro país hemos entendido de competencia exclusiva de los jueces de la jurisdicción contencioso administrativa, como es la declaración de nulidad de los actos administrativos y el consiguiente restablecimiento del derecho. Esto ha generado lo que comúnmente se conoce como “choque de trenes” entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

Pero al margen de este conflicto institucional, uno de los fundamentos del fallo que más llama la atención es que la Corte encuentra que la relevancia jurídica y particularmente constitucional del problema de la *falta de motivación de los actos administrativos mediante los cuales se retira del servicio a empleados nombrados en provisionalidad* en la administración pública y en las demás entidades estatales, radica en que la persistente falta de aplicación de la carrera administrativa en Colombia se ha prestado para manejos clientelistas de los cargos públicos, dentro de lo cual el retiro discrecional e inmotivado de los empleados provisionales es uno de los capítulos críticos de este fenómeno. En ese contexto fáctico, la vulneración de derechos fundamentales de ciertas personas, las que tienen un nombramiento provisional en la administración pública, no solamente es posible sino recurrente, y eso es lo que lleva a la Corte a intervenir de una manera contundente, como lo hizo en otras ocasiones que ella menciona, y lo hace especialmente en esta sentencia. Dice textualmente la Corte lo siguiente:

Desde esta perspectiva, la línea argumentativa trazada por la jurisprudencia constitucional, encaminada a insistir en el deber de motivación de los actos administrativos de desvinculación de servidores públicos nombrados en provisionalidad, no puede ser interpretada como una forma de petrificar las nóminas estatales que estimule ilegítimas prácticas burocráticas, sino como un instrumento realmente transitorio, cuyos efectos prácticos deberán desaparecer conforme se realicen concursos inspirados en el mérito y el acceso al empleo bajo parámetros de igualdad. En otras palabras, la presente decisión debe ser leída como una forma de superar un estado de cosas anómalo, inconstitucional si se quiere, caracterizado por la ausencia de concursos de méritos y los nombramientos en provisionalidad, desconociendo que éste es sólo un mecanismo excepcional encaminado a solventar

problemas coyunturales, que bajo ninguna perspectiva pueden convertirse en la regla general en detrimento de claro mandatos de orden superior.”

Este fallo y todas sus piezas son una muestra fehaciente de la persistencia de los factores de corrupción asociados o enquistados en función pública colombiana desde hace muchas décadas en Colombia; es una realidad indiscutible que ha abonado el terreno para que los sistemas de mérito consagrados formalmente para la función pública desde hace 70 años no sigan siendo más que una eterna frustración o un capítulo aún pendiente por escribir dentro de esta nueva era constitucional.

Lo que intenta mostrar este estudio es justamente una panorámica de esa particular forma de corrupción y de los medios que cada vez se van ideando para propiciarla, neutralizando de esa manera la vigencia de uno de los principios medulares de la Carta Política de 1991: el sistema de mérito.

1. La persistencia en Colombia del sistema de patronazgo o de libre disposición de los cargos públicos

Unos de los datos que más ha llamado la atención de la Corte Constitucional durante los últimos 13 años, y que ha derivado en audaces y fuertes pronunciamientos, como el que contiene la sentencia SU-917 de 2010, es que la falta de operatividad de la carrera administrativa ha conllevado una utilización recurrente de la figura de la provisionalidad, en tanto la imposibilidad de realizar los concursos públicos de mérito exige vinculaciones temporales para la efectiva prestación del servicio por parte de la administración pública; del mismo modo, cuando este personal –el nombrado en provisionalidad– es retirado del servicio sin la necesidad de expresar las razones de esa decisión (razones que son las que la motivación del acto de retiro suministraría), generan la conclusión de que lo que hay de por medio es una política generalizada de libre disposición de los cargos públicos por parte de las autoridades nominadoras, y que en este punto específico se desvirtúa el mandato constitucional del mérito para el acceso y la permanencia en la función pública (Artículo 125 de la Carta Política). De esa manera, la excepción –la provisionalidad–, se convierte en la regla, truncándose los principios de moralidad, eficacia, eficiencia y otros propios de la función administrativa (artículo 209 CPC).

Pero lo anterior es simplemente la consecuencia de una resistencia histórica a la implementación de los sistemas de mérito o de carrera administrativa en el país. Ese fenómeno no es nuevo ni mucho menos más evidente ahora que lo que ocurría hace 70 años cuando se diseñó la primera normatividad de carrera (Ley 165 de 1938) y que se ha venido repitiendo década tras década, de diferentes formas y con distintas modalidades, que no dejan sino la sensación de que este es un mandato formal, constitucional o legal, sin una recepción práctica por la clase política del país. Hablo de la clase política, porque realmente, como se dirá después, la ineficacia del sistema de mérito ha respondido más a la periódica utilización de medidas legislativas o administrativas que a la larga impiden una operatividad adecuada o mínimamente suficiente de la carrera como medio de gestión del personal que está al servicio del Estado. Aunque hurgando un poco más, la cosa puede datar desde antes de los inicios de la vida republicana colombiana, como una remembranza de los usos y costumbres coloniales que dejó introyectada nuestra madre

patria España en los países latinoamericanos de su influencia, en particular Colombia en donde encontró abonado el terreno para su adaptación y recreación.¹

Y ¿Cuál es el objetivo de esta resistencia?

Por supuesto que la posibilidad de que la nómina estatal pueda ser administrada discrecionalmente por las distintas autoridades públicas, sin que se interpongan mecanismos reglados de selección, evaluación y retiro, que impiden la injerencia de sus intereses personales, ideológicos o políticos en la designación del personal a su cargo, y con ello, la posibilidad de lograr prebendas de índole económica, política o social. Es una finalidad que cae dentro del concepto que actualmente se adopta de corrupción, como aprovechamiento de los bienes públicos (como es el empleo público) en beneficio personal y no de los de interés general a los que están destinados.²

Y ¿Cuáles son los medios para hacer efectiva esta resistencia?

Pues bien, éstos han sido de los más variados y creativos posibles. A continuación se describe parte de la realidad que ha experimentado nuestro país a ese respecto, en el cual se destacarán algunos de los medios usualmente utilizados para lograr la apropiación de los empleos públicos, que hacen pensar que, en nuestros días y después de décadas de ingentes luchas, Colombia aún transita por los caminos del patronazgo o compadrazgo, del botín político³ o en el de libre disposición de los empleos públicos y que en este punto la normatividad constitucional y legal ha sido poco menos que letra muerta,⁴ y ha debido ceder a la campante corrupción.

Martínez Cárdenas y Ramírez Mora,⁵ destacan que el empleo en la burocracia colonial se convirtió en una fuente principal de ingreso y de posición social para la aristocracia española, que contaba con especiales ingredientes para derivar en la corrupción y el patronazgo, lo que no varió significativamente con el proceso de independencia.⁶ Entre los factores determinantes de estas prácticas pueden mencionarse los siguientes:

¹ Cfr. Martínez Cárdenas, Edgar Enrique y Ramírez Mora, Juan Manuel, *La corrupción en la Administración pública: Un perverso legado colonial con doscientos años de vida republicana*, En: Reflexión Política, Año 12, No. 23, junio de 2010, Bucaramanga, UNAB, pág. 71.

² Cfr. Del Percio, Enrique, *Política o Destino*, Buenos Aires, Editorial Suramericana, 2009, pág. 116

³ “El sistema de Botín Político corresponde a aquella concepción de que todos los cargos públicos deben ser desempeñados por personas adeptas al movimiento político que obtenga la victoria electoral o simplemente que detente el poder. Ello implica que los funcionarios no necesariamente serán seleccionados entre los más capaces o de mayores méritos, sino entre aquellos que tengan mayores influencias y mejores padrinos políticos. La estabilidad del funcionario no está garantizada y cualquier cambio político puede ocasionar su remoción. En el sistema de botín político se utiliza el aparato estatal como un medio para lograr el pago de favores electorales y también como instrumento indispensable para asegurar los votos requeridos que garanticen la permanencia del grupo político en el poder”. Martínez Cárdenas, Edgar Enrique, *La Carrera Administrativa en Colombia: 70 Años de Ficción*, En: Revista Opinión Jurídica, Vol. 9, No. 18, Julio-Diciembre de 2010. Medellín, Colombia, pág. 115.

⁴ Es común en Colombia que cuando una persona ingresa a un cargo público, mucho más si ese cargo es de mediana o alta importancia, se le pregunte por el padrino político que lo ayudó.

⁵ Ob. cit, págs. 73 y ss.

⁶ Una idea similar destaca el profesor Del Percio, Enrique (2010). *La Condición Social – Consumo, poder y representación en el capitalismo tardío*, Buenos Aires, Jorge Baudino Ediciones, pág. 151.

- La centralización de la estructura gubernamental, que generaba pequeños centros de poder y un número cada vez mayor de regulaciones administrativas por parte de instancias intermedias dentro de la administración pública, que creaban la tentación de cobrar o pagar un peaje a cambio de algo.
- Los bajos salarios que obtenían los servidores públicos por sus servicios, que aceleraba la oportunidad de obtener los beneficios del empleo, aunque sea para completar el monto de su asignación.
- La adopción de un sistema presidencialista, que propicia la lealtad a un dirigente político.
- La importancia que las sociedades latinoamericanas, y especialmente la colombiana, le dan a los criterios personales, familiares y de amistad, que favorecen las redes de acceso a las instituciones públicas a partir del intercambio de favores de toda índole con un jefe político.
- El carácter ambiguo y antitécnico de las normas jurídicas que generaba desconocimiento y desconcierto en los ciudadanos y arbitrariedad por parte de las autoridades, lo que le restaba fuerza moral para ser aceptada y acatada.⁷
- Finalmente, la convivencia que la sociedad colombiana ha tenido históricamente con grupos de poder que le disputan el monopolio de la fuerza y la legitimidad al Estado, como la guerrilla, el paramilitarismo y el narcotráfico, que han sido determinantes para incidir en las elecciones a cargos públicos, para doblegar la voluntad de los dirigentes políticos de acuerdo con sus intereses y asumir en muchas regiones del país una posición dominante en relación con la provisión de los empleos estatales.⁸

En el siglo XIX, el líder político liberal Ezequiel Rojas expresaba el deseo -que aún seguimos teniendo- de que este sistema de botín político fuera superado en nuestro país:

“Quiere el Partido Liberal que no se deje al poder ejecutivo la facultad de dictatorial para remover empleados (...); Quiere muy especialmente el Partido Liberal que al conferir los destinos públicos sólo se tenga en mira el buen servicio a la sociedad, que se atienda especialmente a las aptitudes, capacidades y probidad que se tengan para desempeñarlos. Conferir destinos en recompensa de servicios, para premiar un voto a favor de alguna persona, es desmoralizar la sociedad; es un crimen. Conferirlos por dar renta a las personas pobres, cuando no hay aptitudes y tal vez sí falta de probidad, es prevaricar, es ejercer actos de beneficencia con los bienes ajenos. La sociedad (...) tiene derecho a que se le sirva bien, porque de ello depende su prosperidad y bienestar: debe, pues, emplearse a los hombres que puedan prestar buenos servicios con fidelidad, sea cual fuere el partido político a que hayan pertenecido o pertenezcan.”⁹

⁷ Cfr. Del Percio, Ob. cit, pág.153

⁸ Esta es una de las más complejas y persistentes realidades de la vida colombiana de las últimas tres décadas, que se sintió con gran preocupación en las elecciones del mes de octubre pasado. Para una descripción de este fenómeno puede consultarse: <http://www.semana.com/nacion/elecciones-amenazadas/162718-3.aspx>

⁹ Citado por Molina, Gerardo (1849). “*Las ideas Liberales en Colombia*”, Bogotá.

De la misma manera, uno de los caudillos más emblemáticos de finales del siglo XIX y principios del siglo XX, el general Rafael Uribe Uribe, sostenía la misma idea:

“¿De qué sirve que un funcionario al sea competente sino tienen la seguridad de permanecer en su empleo, de suerte que cuando haya puesto en vía de ejecución medidas que cree útiles, viene el sucesor y las interrumpe o las cambia? ¿Ni cómo puede ser competente sino se les contrata por su propio valor, sino por razones de parentesco, o de favoritismo? La política de clientela es el resultado inevitable de una organización administrativa que para nada o para muy poco tiene en cuenta la formación de especialistas...Si los métodos de nominación no dan como resultado designar los hombres en quienes concurren las condiciones que los hagan dignos del puesto, sino los que gusten a ciertas personas o círculos, al servicio de planes preconcebidos, serán perversos métodos no importa el nombre con que se les bautice o disfrace...El régimen de compadrazgo es vicio tradicional de la raza, condensado en el adagio: el que no tiene padrino muere moro. Reaccionar contra él para adquirir un personal capaz, es una de las necesidades más urgentes. Pero el mayor mal es otro: mantenemos escuelas de servilismo, porque la inseguridad en la posesión del puesto, dependiente de la voluntad caprichosa de los jefes, acaba con la independencia de los subalternos, a toda hora temerosos de la remoción.”¹⁰

Lo anterior muestra que las prácticas corruptas en relación con los cargo públicos ha sido parte de la historia del país y que lo que ahora tenemos no es más que un réplica de las mismas.

Pero esa historia no termina allí, porque la creatividad de la que ha hecho gala nuestra clase política del siglo XX y lo que va corrido del siglo XXI para formalizar reglas jurídicas que generalicen la idea de propósitos transparentes en la gestión de la función pública, pero a la vez en el diseño de antidotos eficaces para contrarrestarla, no tiene posiblemente parangón en esta región del continente, porque de otro modo no se podría explicar que las normatividades técnica y jurídicamente bien concebidas que se han expedido desde 1938 no hayan alcanzado a tener al menos alguna eficacia práctica en el sector público.

En este año se expide la Ley 165, mediante la cual se regulaba un sistema de administración de personal que procuraba la igualdad para el acceso a los empleos públicos, sustentado exclusivamente en el mérito de los aspirantes, a quienes se les garantizaba la estabilidad en el cargo mientras cumplieran con eficacia y honradez las funciones propias del mismo. De haber sido eficaz esta ley, posiblemente hubiera depurado gran parte de la corrupción sobre los empleos públicos superando parte del patrimonialismo que los envolvía.¹¹

Pero no fue así, en una evaluación de éste y otros componentes de la institucionalidad colombiana, la llamada “Misión Currie”, en informe rendido en el año 1952, expresaba que de los “... 50.000 empleados gubernamentales existentes en la época, menos de 1.500 pertenecían a la carrera administrativa y un reducido número de los mismos había

¹⁰ Citado por Younes Moreno (2005). *Derecho Administrativo Laboral*, Bogotá, Editorial temis, págs. 216-217

¹¹ Se habla de patrimonialismo, porque también en Colombia es común el imaginario de que los empleos tienen sus dueños políticos, tal cual se describe en Del Percio, Enrique, ob. cit, págs. 106 a 108

ingresado a ella por concurso de méritos (...). “(...) después de doce años de experiencia práctica sobre la carrera administrativa, el concepto de todos los sectores, empleados, supervisores, sindicatos, altos funcionarios oficiales y el público en general, es unánime en cuanto a que la carrera administrativa no ha logrado su finalidad y que, al presente, es casi absolutamente inoperante...la consecuencia última de esa situación es la de que la carrera administrativa se encuentra muy desprestigiada en la actualidad habiéndose perdido casi completamente la esperanza de que ella pueda convertirse en el núcleo central de una carrera política del servicio civil del Estado colombiano.”¹²

Esa ineficacia era prácticamente previsible por una razón muy sencilla: las normas de carrera que contempló la ley no hacían relación a los organismos que la podrían hacer efectiva, y mucho menos aquellos encargados de realizar el control requerido para ello. Nació la criatura pero sin posibilidades de subsistir, muriendo entonces por desidia y abandono.

En la década de los cincuenta, a partir del diagnóstico generado por la “Misión Currie” y otros elementos de juicio aportados en esa época, se retoma la discusión en torno a la necesidad de implantar un sistema de carrera administrativa, que además de estar a tono con los desarrollos mundiales sobre la materia, especialmente considerando el modelo francés de función pública, sea eficaz para los propósitos de lograr una administración pública eficiente y dinamizadora del desarrollo social. Pero ante todo, ésta es una de las épocas más violentas de la historia colombiana, que se expresaba con mayor rigor en la lucha partidista, que tenía en los cargos públicos el botín político de quienes accedían al poder; por eso, la pacificación del país era realmente el verdadero fin buscado por las iniciativas reformadoras de esta década, lo cual sólo se podría lograr abstrayendo los intereses del Estado de los avatares políticos y superando el sistema de repartición de los cargos públicos como pago por los servicios prestados en la lucha partidista. El de la función pública era pues una de las claves por las que intentaría resolver parte de esta cruenta lucha política que sacrificó las vidas de miles de personas.¹³

Uno de los antecedentes que se exponen de esta reforma, expresa lo siguiente: “Un primer límite debe ser la urgentísima creación de una carrera de servicio civil que suprima el concepto de que el vencedor político tiene derecho a los despojos del vencido y a alterar de arriba abajo la administración pública sustituyendo a todos los empleados por nuevos favoritos. La tragedia de cada transición de poder ha sido esa, no por la importancia inexistente, del cuerpo de empleados en relación con la población del país, sino porque son empleados o aspirantes quienes promueven la violencia para defender sus cargos o la desatan para adquirirlos.”¹⁴

En atención a estos antecedentes y por virtud de un proceso plebiscitario, en el año 1957 se logra por primera vez en Colombia la consagración constitucional de la carrera administrativa, lo que inauguraba una nueva fase en la que esta institución tenía un serio

¹² Informe citado por Younes Moreno, Diego (2005). *Derecho Administrativo Laboral*, Bogotá, Temis, pág.199

¹³ “No se puede desconocer la importancia fundamental de separar al funcionario público de la actividad política, porque si justamente una de las causas de la violencia de esa época era la puja por el puesto público teñido de un color, era absolutamente necesario que quienes se vincularan a la administración pública, lo hicieran desprendidos de cualquier pasión partidista”. Younes Moreno, Diego (1994), *Carrera Administrativa*, En: Implicaciones Jurídicas de la Reforma Administrativa, Bogotá, Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario - Biblioteca Jurídica Diké.

¹⁴ Citado por Younes Moreno, ob. cit., pág. 201.

mandato para el legislador y para el gobierno nacional de desarrollar toda la serie de elementos que permitirían hablar de un verdadero sistema de carrera. La misma norma constitucional prescribió los puntos fundamentales para ello, al establecer que las autoridades que tengan la facultad de nombrar y remover empleados administrativos no pueden ejercerla sino dentro de las normas que expida el congreso para el acceso, el ascenso, retiro y despido; la prohibición de participar en política; y que en ningún caso la filiación política de los ciudadanos puede determinar su nombramiento para un empleo o cargo público de la carrera administrativa, o su destitución o promoción.

El desarrollo de la norma constitucional obtenida mediante el plebiscito en lo atinente a la carrera, se hizo con la Ley 19 de 1958 y con el Decreto 1732 de 1960; con este último se obtuvo por primera vez, un estatuto integral de la administración del personal que prestaba sus servicios al Estado, entre cuyas regulaciones se destacaban las relativas a la carrera administrativa, desde los procesos de selección, las pruebas, las listas de elegibles, el nombramiento y el período de prueba.

Obsérvese que la normatividad sobre la carrera cada día se perfilaba con mayor perfeccionamiento, en tanto se preveían todos los aspectos que requería cualquier sistema de mérito, incluso ya con los organismos encargados de su aplicación, que era una de las falencias de la anterior norma. Sin embargo, imperaba la falta de voluntad política para hacerla efectiva. Los concursos públicos de mérito simplemente no se realizaron y los controles administrativos nunca funcionaron para ese propósito. Y la razón implícita en todo esto era la misma: la resistencia significativa de los jefes administrativos y de los políticos regionales, en la medida en que se les despojaba de la facultad de nombrar y remover libremente a los empleados, que se ha asociado histórica y culturalmente en nuestro país a la ejecución de la política militante, “arraigo difícil de vencer en un país como el nuestro, en el que una de las actividades que más atraen es, precisamente, el ejercicio de la política.”¹⁵

En el marco de la reforma administrativa más importante realizada en Colombia hasta la expedición de la Carta Política de 1991, se expide el Decreto Ley 2400 de 1968, mediante la cual se regula integral y sistemáticamente la administración del personal civil de la Rama Ejecutiva.

Entre los aspectos más destacados de este decreto se encuentran la regulación del empleo público, su clasificación, los procesos de selección y demás elementos del régimen de carrera, las situaciones administrativas, el régimen disciplinario, entre otros. Pero lo que más llama la atención de este decreto es que inicia una práctica que se va a generalizar a través de los años y que tendrá consecuencias adversas para la eficacia de los sistemas de mérito en el país, como fue la de la *inscripción automática* masiva en la carrera de todas las personas que estuvieran al servicio de la administración pública a la fecha de su

¹⁵ Younes Moreno, Diego, ob. cit, página 205. En el mismo sentido se expresa Jiménez Benítez, William (2005). *Reforma Administrativa y Carrera Administrativa en Colombia: frustraciones, razones y oportunidades*, X Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Santiago, Chile, 18 - 21 Oct.: “Para el caso colombiano, existe una cultura proclive a equiparar el triunfo electoral con el derecho a disponer de la burocracia pública; esto reforzado por la práctica histórica (superada ya) que a cada victoria militar, correspondía el derecho a la apropiación del poder público y sus recursos...”. Pág. 5

expedición, sin necesidad de participar en un concurso público de mérito, y con sólo superar el período de prueba.¹⁶

Esta práctica ha sido llamada la “*ventanilla siniestra*” de la carrera administrativa colombiana,¹⁷ y fue el antídoto ideado por nuestro legislador extraordinario para legitimar en los cargos públicos a todos aquellos que habían llegado a ellos por la recomendación de jefes políticos, sin miramiento alguno en la calidad o el mérito que los antecedía. Simplemente, el hecho de estar en el cargo, al cual accedieron por el favor político, quién sabe a razón de qué, les daba el derecho a gozar de los beneficios de la carrera administrativa. Esta es una medida que muchos veían como de justicia frente a quienes le habían servido por mucho tiempo al Estado y que quedarían desamparados si se aplicaban estrictamente las normas de la carrera; sin embargo, realmente era la consolidación de una práctica corrupta duradera que había permanecido por muchos años y que ahora encontraba una recompensa con revestimiento legal.

Este Decreto Ley fue reglamentado por el Decreto 1950 de 1973, en el cual se encuentra una regulación completa de todos los asuntos concernientes a la administración del personal al servicio del Estado, siendo uno de las normas que en esta materia conserva gran parte de su vigencia. En particular, es de destacar de este decreto reglamentario la regulación del personal que es *nombrado en provisionalidad*, al cual le da el carácter de *libre nombramiento y remoción*.¹⁸ Esta previsión, confrontada con las propias de la Carta Política de 1991, desde la década de los 90s y hasta ahora, ha generado muchísimas polémicas y debates entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, uno de los cuales se evidencia en la sentencia SU-917 de 2010, que fue tomada como punto de partida en este trabajo.

En la década del setenta, la clase política y los gobiernos de turno se inventan un nuevo medio de distorsión e ineficacia de la carrera. En esta ocasión apelando a la tristemente recordada figura de los estados de sitio, que respondía a facultades excepcionales del Presidente de la República para contrarrestar graves alteraciones del orden público, cuya declaración le permitía expedir decretos con fuerza de ley para lograr su restablecimiento (artículo 121 de la Constitución Política colombiana de 1886). El ejemplo que la doctrina destaca a este respecto se encuentra en el Decreto 2132 de 1976, que en el artículo 3° estableció que “Mientras subsista turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional, quedan suspendidas las normas concernientes a los derechos, garantías y demás efectos de dichas carreras”. Es un poco manido pretender presentar las normas de carrera administrativa como elementos significativamente perturbadores del orden público, que merecieran una disposición expresa de esa índole para contrarrestarlos. La estrategia más bien se entendió como una manera de activar nuevamente las facultades discrecionales de los nominadores sobre los empleos de

¹⁶ Younes Moreno, Op. cit. pág. 205

¹⁷ Puentes, Germán (2004). *La carrera administrativa: ¿anhelo o realidad?* Revista Desafíos, Bogotá, Universidad del Rosario, pág. 11.

¹⁸ “Artículo 107°.- En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados.”

carrera¹⁹ y dejar el camino despejado para continuar con una práctica políticamente y económicamente rentable.

No puede olvidarse que estas decisiones fueron adoptadas por el Presidente de la República, la autoridad nominadora más importante del Estado colombiano, por tanto, quien sufre con mayor rigor la aplicación de las normas de la carrera, que le restringen su discrecionalidad sobre los empleos que él tiene el deber de nominar.

En la década de los ochenta, se impulsan nuevamente reformas a las normas de carrera que introducen la práctica de la *ventanilla siniestra*, inaugurada en el año 1968. Una de ellas fue el Decreto Reglamentario 583 de 1984, mediante el cual se autorizó una nueva *excepción al sistema de mérito*, disponiendo en su artículo 1° que “Para asegurar la continuidad y eficiente prestación de los servicios de la Administración, el ingreso a la Carrera Administrativa o la promoción dentro de ella del personal vinculado actualmente en empleos de Carrera, se efectuará mediante el reconocimiento de sus méritos, conocimientos y experiencia, y la evaluación de su conducta y eficiencia, conforme a las reglas que en este Decreto se establecen”. Estas reglas no son otras que un sistema de equivalencias entre estudios y experiencia que suplen las pruebas de los concursos y, sólo en casos excepcionales, como lo dice su artículo 5°, se podrán desarrollar procesos de selección para efectos de lograr acceder a los derechos de la carrera administrativa.

Igual procedimiento adoptó la Ley 61 de 1987, que tal cual lo hizo el decreto 2400 de 1968, autorizó nuevamente la *inscripción automática en la carrera*, esto es, sin concurso previo, para aquellos empleados que al 31 de diciembre de 1987 ocupaban un cargo de carrera, para lo cual sólo requerían acreditar los requisitos mínimos para el ejercicio del empleo.

Se podría decir que, hasta la expedición de la Carta Política de 1991, los ingresos automáticos a la carrera (por ventanilla siniestra), alentados por prácticas corruptas, prácticamente abarcaron la gran proporción de los cargos públicos dentro del Estado, siendo mínimas las provisiones de los mismos por concurso público de mérito.

La Asamblea Nacional Constituyente que dio lugar a la expedición de la Carta de 1991, discutió ampliamente el problema de la corrupción y de la falta de eficacia del sistema de mérito en el país. Es bueno recordar que esta Carta, a diferencia de las anteriores, fue el resultado de un gran acuerdo nacional, en el que participaron fuerzas políticas de diferentes corrientes ideológicas provenientes de los partidos tradicionales, de grupos sociales históricamente marginados como los indígenas y las comunidades negras, y hasta de grupos alzados en armas que meses antes habían entrado en diálogos con el gobierno nacional. El efecto de esta amplia participación en la Asamblea Nacional Constituyente fue una Carta Política extensa, diversa, en muchos casos incoherente y contradictoria, justamente por intentar reflejar los anhelos y la pluralidad de intereses que se encontraban en el juego en las discusiones de cada uno de los artículos constitucionales definitivos.

¹⁹ Esta es la opinión de Villegas Arbeláez, Jairo (2005). *Derecho Administrativo Laboral*, Bogotá, Legis, pág. 307.

Lo que es un poco inusitado, es el alto grado con consenso que existió alrededor del tema del sistema de mérito, y específicamente de la carrera administrativa. Cuando se leen las exposiciones que cada una de las ponencias desarrolló alrededor de este punto, se encuentran grandes coincidencias en cuanto a los diagnósticos, los problemas estructurales que existían en la función pública colombiana, y en las fórmulas constitucionales que debían adoptarse para remediar las anomalías que en este sentido estaban minando la legitimidad del Estado y que se asociaban con el problema de la corrupción.

Dos temas fundamentalmente fueron el centro de atención de los diagnósticos de los delegatarios constituyentes: el primero de ellos, el alto grado de corrupción hallado en el marco de la provisión de los cargos públicos, en donde se pudo advertir la ineficacia total del sistema de carrera que se había instaurado desde el año 1938. El llamado botín político era la característica común en la gestión del personal del Estado, lo que no solamente ponía en riesgo la idoneidad y la calidad de los servidores públicos, sino también al mismo sistema democrático. El segundo tema, la ineficiencia que caracterizaba a los empleados del Estado, los cuales habían atiborrado el servicio público de trámites burocráticos excesivos, denegando de esa manera una efectiva y adecuada prestación de los servicios.

Algunas intervenciones pueden ofrecernos mayores elementos en relación con la idea constitucional que finalmente quedó plasmada en el artículo 125 de la Carta. Así, por ejemplo, la intervención del constituyente Jesús Pérez Gonzales-Rubio, quien expresaba en uno de los discursos iniciales en la Asamblea lo siguiente:

“Decíamos que es la legitimidad lo que genera la obediencia. Y sosteníamos igualmente que sólo la práctica de una democracia real podía generar esa legitimidad. Hoy día contamos con todas las instituciones que formalmente constituyen una democracia, y una democracia políticamente avanzada: elección de Presidente y del Congreso, de concejales, diputados y alcaldes; referéndum municipales, elección de miembros de juntas directivas de las empresas de servicios públicos. Y si todo esto se hace con sufragio universal, ¿por qué semejante andamiaje democrático no ha producido ni produce hoy la armonía en la sociedad colombiana, y una más equitativa distribución del poder y riqueza? Creo encontrar la respuesta en el hecho de que todo ese andamiaje está construido sobre bases no democráticas, como son: (...) El sistema de libre nombramiento y remoción de funcionarios que desconoce el principio de igualdad de todos frente a la función pública (...).

Todavía hoy la inmensa mayoría de los cargos se proveen mediante recomendación política, sin importar –como ya dije– el principio de igualdad de todos ante la función pública que debía conducir al reclutamiento con base en el mérito. En la constitución de Weimar hay un artículo según el cual los funcionarios son servidores de la comunidad y no de un partido. Es un principio que recogemos en nuestro proyecto, pues me resulta evidente que en términos reales brilla por su ausencia entre nosotros. Pero hablando de carrera administrativa no se puede caer tampoco en el extremo contrario de confundir estabilidad con inamovilidad, y en algunos casos excepcionales será necesario, tratándose de juzgar faltas disciplinarias, de consagrar el principio de que la Procuraduría puede fallar verdad sabida y buena fe guardada.”²⁰

²⁰ Gaceta No. 15 del 4 de marzo de 1991.

Por su parte, el delegatario Hernando Herrera Vergara, expresaba:

“El derecho de trabajo es el soporte de las clases menos favorecidas, de las que no tienen otra riqueza que su fuerza material o intelectual para defenderse de las fluctuaciones de la economía. Son los fenómenos económicos, la devaluación, la inflación, etc. los principales enemigos del ingreso y capacidad de compra de los asalariados.”

El artículo 17 de nuestra Constitución Nacional señala que el trabajo gozarán de la especial protección del Estado, mas no prevé “el derecho al trabajo”, haciéndolo nugatorio, más aun tratándose de empleados públicos que carecen de estabilidad y su permanencia en los cargos no depende hoy del correcto desempeño de la función pública y de la no prestación eficiente del servicio a la colectividad, sino más bien y de manera preferente del capricho del agente de la administración, quien actuaba con frecuencia abusando de la denominada facultad discrecional en el ejercicio torcido y con desviación de poder de la potestad de libre nombramiento y remoción en relación con sus empleados.

Son muy significativas los casos en que se desborda a diario dentro de la función pública, el recto sentido de la atribución discrecional, atentando contra el derecho a la trabajo, tratándose de eficientes servidores públicos que aunque cumplen normalmente con sus poderes y obligaciones en el ejercicio de sus empleos, son retirados sin fórmulas de juicio ni motivación alguna por razones políticas o personales, no obstante haber laborado en forma eficiente y cumplido con el postulado universal inspirado en la prestación del buen servicio a la colectividad, lo que justifica la necesidad de elevar a cano constitucional el artículo propuesto, para que sea la ley la que fije las condiciones de estabilidad en relación con el derecho al trabajo, en la forma mencionada.”²¹

Estas son sólo algunas de las manifestaciones de preocupación que se hicieron sobre la manera como se venía gestionando el recurso humano vinculado al Estado, y a partir de eso, del vehemente llamado a remediar esta situación mediante la instauración de un eficaz sistema de personal basado en el mérito.²²

La norma constitucional que finalmente fue adoptada²³ evidencia claramente la intención de prohibir cualquier nombramiento o vinculación en la función pública por razones

²¹ Gaceta No. 30 del 1° de abril de 1991.

²² Se pueden encontrar otros diagnósticos y propuestas sobre el mismo tema en las Gacetas No. 5 del 15 de febrero; No. 6 del 18 de febrero; No. 8 del 19 de febrero; No. 9 del 19 de febrero; No. 10 del 20 de febrero; No. 12 del 28 de febrero; No. 15 del 4 de marzo; No. 16 del 5 de marzo; No. 18 del 8 de marzo; No. 19 del 11 de marzo; No. 20 del 7 de marzo; No. 30 del 1° abril; No. 45 del 13 de abril; No. 68 del 6 de mayo; No. 70 del 8 de mayo (ésta contiene el que quizás es el documento central de todas las discusiones alrededor del mérito en la ANC) y la No. 78 del 21 de mayo; todas del año 1991.

²³ “Artículo 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

políticas o de otra naturaleza, distintas del mérito que los aspirantes pudieran demostrar en los concursos públicos de mérito; del mismo modo el propósito de reducir considerablemente la posibilidad de crear cargos de libre nombramiento y remoción, los cuales deberán tener una autorización legal expresa y suficientemente fundada en la naturaleza de las funciones -de extrema confianza- que requiere el cargo público respectivo. Así mismo, se hace evidente el interés de los constituyentes de que el mérito de los servidores del Estado sea periódica y permanentemente evaluado mediante un sistema de calificación, del cual dependa la permanencia de los mismos en el servicio.

A pesar del mandato claro y categórico de la Carta, que había diagnosticado todo un problema de corrupción en la sociedad colombiana en torno a los empleos públicos, el antídoto legislativo para contrarrestarlo no se hizo esperar. El primer estatuto general de la carrera que desarrollaba este nuevo texto constitucional fue establecido mediante la Ley 27 de 1992. Es una norma que hace consagraciones importantes en materia de carrera, pero también con “su propia *ventanilla siniestra*”. En el artículo 22 autorizó una *nueva inscripción automática* en la carrera para todos aquellos empleados territoriales que a la fecha de su vigencia se encontraran ocupando los cargos en provisionalidad. Como se habían olvidado de la inscripción automática para los empleados del orden territorial (los que prestaban servicios a los departamentos y municipios), esta era la oportunidad para reconocérsela. Y a bien que lo lograron, porque esa inscripción se pudo realizar hasta el mes de enero de 1997, cuando la Corte Constitucional declaró inexecutable esa medida, por sentencia C-030-97 de 30 de enero de 1997, por considerar que los derechos de carrera sólo se obtienen, tal como lo ordena la Carta Política, mediante la superación del concurso público de mérito y la satisfacción de los demás requisitos previstos en la ley. A partir de esta sentencia, quedó clausurada cualquier posibilidad de intentar nuevas autorizaciones con esa misma finalidad, pero los efectos que se habían producido, esto es, las inscripciones automáticas en la carrera, quedaron consolidadas.

Lo anterior implicaba un nuevo triunfo para la clase política del país, que veía cómo sus recomendados en las distintas regiones del país, en donde justamente tenían su fuerza política, adquirirían derechos que, bajo las estrictas normas de la carrera, nunca habían imaginado, lo que les garantizaba -tal cual lo sucedido antes- lealtad infinita desde el punto de vista político y económico.

Pero al clausurarse la posibilidad de más ventanillas siniestras para el acceso a la carrera, no terminaron los problemas de ésta como medio para evitar el patronazgo en la nominación de los empleos estatales. Se suponía que las nuevas normas sobre la carrera debían disponer los medios para que se realizaran, por fin, los concursos públicos de mérito. Y en verdad que todo estaba dispuesto para ello, tal como se desprende de la intención y la regulación contemplada en la Ley 443 de 1998, que sustituyó la anterior ley e introdujo reglas más integrales de todos los elementos de la carrera administrativa, especialmente en el punto relativo a la definición de los empleos que no quedaban cobijados por dicho régimen. Con sus normas complementarias y reglamentarias, esta ley prácticamente ordena todos los elementos y contingencias del sistema de carrera administrativa, desde el acceso, hasta el retiro del servicios, además de que prevé un completo régimen de evaluación del desempeño, de capacitación y de estímulos laborales aplicables no sólo a los empleados con derechos de carrera, sino a todos aquellos

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción. (...)”

pertenecientes a la función pública. Sin embargo, fue una ley de breve vigencia, en tanto la Corte Constitucional declaró inexecutable la composición del organismo medular de todo el sistema de carrera, en tanto responsable de la administración y vigilancia de la misma, como era la Comisión Nacional del Servicio Civil. La Corte, en la sentencia C-372 de 1999, encontró que la integración de esta Comisión le hacía ser un verdadero apéndice del gobierno nacional y ello era contradictorio con el carácter autónomo e independiente que la Carta de 1991 le había otorgado. Esto conllevó a que la carrera administrativa no tuviera operatividad alguna, al menos hasta el año 2004.

Ya por lo menos la ineficacia de la carrera no era obra de los legisladores sino de una contingencia atribuible a la revisión constitucional. Pero como en Colombia estas coyunturas se aprovechan en muy buena forma, esta falta de operatividad de la carrera, durante todos estos años, dio lugar a otro mecanismo de patronazgo adicional, y que resulta el más actual y expedito de todos: la provisionalidad. Por medio de ésta, la autoridad nominadora, sin concurso de mérito y de acuerdo con su criterio y a “las necesidades del servicio”, nombra en el cargo a quien considera “apto” para el mismo. Y a esa libertad de nominación se le suma la libertad de remoción o retiro del servicio, sin motivación alguna, bajo la consideración, avalada hasta ahora por el Consejo de Estado, de que las cosas en derecho se deshacen como se hacen y de que como este personal no tiene las mismas garantías del personal de carrera, puede ser libremente removido del empleo, sin explicación alguna.²⁴

Ello supone entonces que sin la posibilidad de llenar las vacantes por medio de concursos, los empleos del Estado quedan en manos nuevamente de la autoridad nominadora, de manera directa, e indirectamente de los jefes políticos que, a su vez, fueron determinantes para que aquélla llegara a su cargo, y la cadena de favores y contraprestaciones vuelve a su curso normal. Sin más, esta circunstancia fue la diagnosticada por la Corte Constitucional colombiana durante todos estos años, y lo que dio lugar a su insistencia de que los actos de retiro de los empleados provisionales se motivaran, para introducir un pequeño control a esta facultad o reducir sus efectos, punto al cual se refiere la sentencia SU-917 ya citada.

Ha sido tan rentable este modo de proceder, que al año 2007 se estimaba que en los empleos estatales había más de ciento veinte mil (120.000) provisionales,²⁵ superando con creces los vinculados mediante carrera administrativa, lo cual planteaba una necesidad adicional a los políticos, y era la de que éstos provisionales pudieran, de alguna manera, lograr su acceso a la carrera, sin concurso previo, o al menos con algunas ventajas dentro del proceso de selección.

Este modo de proceder se intentó desde la expedición de la nueva ley de carrera, la Ley 909 de 2004. Ésta, valga aclararlo, es en justicia una norma mucho más comprensiva de los aspectos de la carrera, que también reguló lo atinente al empleo y a la gerencia pública. Si duda es una ley mejor elaborada que las anteriores, porque recoge la doctrina constitucional sobre la materia y perfecciona los mecanismos de gestión y control de la carrera. Por demás, organiza de la manera como ordena la Constitución a la Comisión

²⁴ Cfr. Consejo de Estado, sentencias de la Sección Segunda del 30 de junio de 2005, del 12 de noviembre de 2009 y del 28 de enero de 2010.

²⁵ Consultado en: <http://www.caracol.com.co/noticias/economia/en-vilo-120-mil-empleados-provisionales-del-estado/20071213/nota/520049.aspx>

Nacional del Servicio Civil, lo cual permite que nuevamente se puedan desarrollar las convocatorias públicas de mérito.

Pero, pensando en tales concursos, el legislador de ese año procuró que a los provisionales se les reconociera cierta ventaja, por la experiencia obtenida en todos los años de servicio al Estado (art. 56), previsión que fue declarada inconstitucionalidad por la Corte Constitucional en sentencia C-733 de 2005.

Por si fuera poco, en el año 2008 el Congreso de la República aprobó un acto legislativo²⁶ (que es una reforma constitucional entre nosotros), poniendo en vigencia una nueva versión de la inscripción automática a la carrera para los provisionales que estuvieran ocupando sus cargos, pero ya a nivel constitucional, replicando la “ventanilla siniestra” aludida antes; y eso dio lugar a un pronunciamiento de la Corte que declaró inexecutable dicha reforma mediante sentencia C-588 de 2009. Allí se contrarrestó a tiempo esa iniciativa que anteriormente había resultado exitosa.

Por lo demás, estos intentos del legislador se han acompañado del propósito, que consideraría igualmente corrupto porque pretende prolongar una situación violatoria de la Constitución y la ley, de retrasar la realización de los concursos públicos que actualmente adelanta la Comisión Nacional del Servicio Civil con base en las normas de carrera que fueron expedidas en el año 2004. Tales concursos en la actualidad mantienen un bajo impacto en la provisión de los cargos públicos vacantes en el Estado, tanto en el nivel nacional como territorial; y mientras tanto, continúan otras insistencias políticas, traducidas en actos legislativos, de otorgar un tratamiento preferencial al personal nombrado en provisionalidad, y muestra de ello es la expedición del Acto Legislativo No. 4 de 2011, mediante el cual se homologan para ese personal las pruebas de conocimiento establecidas en el concurso público, por la experiencia y los estudios adicionales a los requeridos para ejercer el cargo.

No sabemos a ciencia cierta quién se va cansar primero, si el legislador con sus intentos de favorecer a los provisionales o la Corte Constitucional con su defensa radical del sistema de mérito. Lo cierto es que ello por sí mismo ha provocado una ineficacia intolerable del sistema de carrera en el país. Mientras tanto, son los políticos los que administran los cargos del Estado y no tienen ninguna razón para dejar avanzar aquello que se interponga en el camino de lo que consideran suyo.

2. Otras Modalidades Que Reviste El Patronazgo En La Función Pública Colombiana

La provisionalidad por sí misma puede tener sus días contados, si se tiene en cuenta que hay concursos públicos de méritos adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil que están a punto de terminar y generar listas de elegibles para proveer los empleos públicos. Es por ello que la clase política ha apelado a otros mecanismos mucho más sofisticados para continuar monopolizando la nominación (entendida en términos mucho más amplios que los estrictamente laborales) dentro de las tareas estatales. Para ese efecto ha aprovechado la implantación obligada y generalizada de políticas gerenciales dentro de las administraciones públicas latinoamericanas, que supone una redefinición

²⁶ Acto Legislativo 1° de 2008.

del Estado en términos de eficiencia económica, tal cual lo plantea la corriente de la Nueva Gestión Pública, uno de cuyos elementos es la reducción del aparato estatal a lo estrictamente necesario, esto es, una política de supresión de entidades, dependencias y de empleos públicos.

Este fenómeno es explicado por Miquel Salvador Serna del siguiente modo:

Mediante una pluralidad de programas de cambio, con diferentes etiquetas calificativas y con distintas orientaciones subyacentes, los procesos de modernización de las administraciones públicas han tendido a moverse siguiendo referentes conceptuales e ideológicos que van cambiando siguiendo una suerte de modas u oleadas, de duración e impacto variables. Entre estos destaca, por su papel preponderante, la denominada nueva gestión pública, acompañada de una serie de técnicas e instrumentos que facilitan la puesta en práctica de sus postulados. Las referencias a los procesos de descentralización, externalización o privatización de servicios públicos, combinados con la aplicación de sistemas de calidad o gerencia por rendimientos, resultan frecuentes en las múltiples iniciativas asociadas a este enfoque de gestión, y se han introducido con éxito en los programas de actuación de las unidades encargadas de modernizar los aparatos del Estado.²⁷

En Colombia se han desarrollado varios procesos de reestructuración de entidades estatales con estos propósitos. Uno de ellos fue el autorizado por la Ley 617 de 2000, norma de estricta racionalización del gasto público, que obligó a reducir a su mínima expresión los empleos adscritos a los municipios y departamento del país.

Otra importante implementación de esa política fue “el Programa de Renovación de la Administración Pública que tiene como propósito de acuerdo con el DNP (2005) “(...) la creación y consolidación de un Estado gerencial que presupone una gestión transparente e íntegra, austera en el manejo de los recursos públicos y al servicio del ciudadano”; programa que se ha propuesto en los próximos cuatro años la reducción de 40 mil empleos públicos, de los cuales 30 mil corresponden a personal que saldrá jubilado en ese período y cuyas vacantes serán eliminadas y 10 mil que serán suprimidos por efecto de la renovación administrativa.”²⁸

Lo que se ha podido observar de estos y otros procesos de ajuste del aparato estatal es que la mayoría de estos empleos, que de mantenerse como tales debían proveerse mediante las normas de carrera, se han suprimidos a pesar de ser necesarios. Tanto lo son que las actividades se siguen desarrollando en las entidades que los contemplaban, pero ya como contratos de prestación de servicios personales o por intermedio de empresas temporales de servicios. Tanto uno como otro tipo de relación se consideran como contratos estatales,²⁹ no laborales, que generan la posibilidad de ser escogido sin tanto rigor por los jefes de entidades (antes nominadores), que de esa manera mantienen bajo su control la realización de la tarea estatal, ya no en relación con un empleado, sino con respecto a un contratista que ha sido remitido o recomendado por un político, que a su vez debe un favor cualquiera, con lo cual la cadena de esa serie de manejos vuelve a su curso normal.

²⁷El papel de las instituciones en la gestión de las administraciones públicas, En Revista del CLAD Reforma y Democracia. No. 20 (Jun. 2001). Caracas.

²⁸ Martínez Cárdenas, ob. cit, pág. 119

²⁹ Regidos por el estatuto general de contratación, actual Ley 80 de 1993.

Así entonces, una nueva modalidad de patronazgo se propicia en el país a partir de la adjudicación de contratos, bien sea de prestación de servicios, bien de servicios temporales, pero siempre dentro de la órbita de manejo del jefe de la entidad. Ya se libera a éste de las trabas que resultan de la escogencia del personal mediante la carrera y se le deja abierta la puerta para que, con una mayor discrecionalidad, conforme lo que conocemos como las nóminas paralelas, que en algunos casos llega a triplicar el número del personal de planta.

Pero también, estos enfoques gerenciales aplicados al Estado se manifiestan de otras maneras, que no son sino modalidades de omitir los procedimientos rigurosos de selección de quienes deben adelantar la prestación de los servicios públicos, precisamente para propiciar mayor discrecionalidad o libertad a la hora de su escogencia.

Una primera modalidad es el cambio de régimen jurídico de las entidades públicas, que antes se regían por el derecho público (organismo público administrativo) y pasan, por el cambio de su naturaleza jurídica, a regularse por el derecho privado (organismo público empresarial).³⁰ Desde el punto de vista laboral, la trascendencia de este cambio radica en que mientras tuviera el carácter de organismo público administrativo, la entidad se conformaba con servidores que tenían la calidad de empleados públicos regidos por el sistema de carrera, con todas sus consecuencias; cuando se ocurre su transformación a una organización de índole empresarial, sus servidores se reputan trabajadores oficiales, los cuales no se rigen por el sistema de carrera, sino por el principio de libertad de contratación que se predica de cualquier empleador. Ello, por supuesto, flexibiliza las facultades del nominador para la contratación del personal y para asegurar en las tareas públicas a quienes no tienen la obligación de demostrar su mérito para las mismas, por ende posibles recomendados de jefes políticos.

La segunda modalidad se encuentra en todos aquellos casos en los que se privatizan los servicios o funciones que antes cumplía el Estado. Simplemente el Estado no los presta más y pasa sencillamente a regularlos, como ha ocurrido con el tema de la salud, que ha generado verdaderos emporios empresariales en Colombia,³¹ de los más rentables posibles, pero con niveles de corrupción si precedentes, que ha desencadenado una verdadera crisis del sector.³² No se trata sólo de que las cifras que se manejan en la prestación de tales servicios sean astronómicas y que parte de ellas queden en manos de dirigentes inescrupulosos, sino de que las transacciones son millonarias a nivel de las entidades del Estado para aprobar el funcionamiento de estas entidades en el sector respectivo, o para relajar los controles que deben realizarse o simplemente para favorecer sus negocios desde el punto de vista legislativo y/o administrativo. Mientras tanto, lo que se encuentra es un deterioro de la prestación de los servicios de salud y un anhelo generalizado de que el Estado tome nuevamente las riendas de este sector.

Se creía que una de las maneras de contrarrestar la corrupción dentro de las entidades públicas era precisamente la entrega de muchas de las funciones que éstas cumplían, a manos los particulares, pues éstos se habían caracterizado por la transparencia, eficacia y

³⁰ Un ejemplo de ello son las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, como los de agua potable, energía, gas y saneamiento. Cfr. Ley 142 de 1994.

³¹ Un caso escandaloso conocido en Colombia recientemente es el de SALUDCOOP.

³² Cfr. <http://informacion-alternativa.over-blog.es/article-tras-la-privatizacion-la-corrupcion-en-el-sistema-de-salud-colombiano-76038016.html>

eficiencia en el manejo de sus recursos. Sin embargo, estamos asistiendo a un escenario en el que, habiéndose robustecido la burocracia privada en detrimento de la pública para atención de servicios y actividades de interés general, la corrupción ha llegado a niveles similares e incluso superiores.

Y a raíz de lo anterior, los mismos jueces han llamado la atención del estado de cosas inconstitucional que esto conlleva, pues el Estado ha abandonado muchísimos frentes en los que su intervención resulta completamente necesaria, o ha adoptado modalidades de vinculación en ellas de personas que no han accedido mediante el cumplimiento de las condiciones exigidas por la Constitución y la ley para la prestación de las funciones públicas. En particular, la Corte Constitucional, en una de las sentencias más trascendentales en la materia de los últimos 10 años (C-314 de 2009), ha ordenado a las autoridades de control realizar mayor vigilancia sobre las modalidades de contratación que vienen utilizando los organismos públicos para eludir los principios de la función pública y los propios del derecho laboral.

Referencias Bibliográficas

Acevedo Carmona, Darío (2007). *Hegemonía Liberal (1930-1946)*, En: Gran Enciclopedia de Colombia, Bogotá, Círculo de Lectores.

Asamblea Nacional Constituyente, Gacetas No. 5, 6, 8, 9, 10, 12, 15, 16, 18, 19, 20, 30, 45, 68, 70 y 78 de 1991.

Cárdenas Krens, Ronald (2008). *Ética y Gestión Pública: ¿Se puede servir honestamente al Estado y sobrevivir en el intento?*, En: ATHINA – Revista de Derecho de los Alumnos de la Universidad de Lima, No. 4º, Año 3.

Cordero Nieves, Yolanda. *Un Sistema de Mérito para el Siglo XXI*. En: Revista del CLAD Reforma y Democracia. No. 48. (Oct. 2010). Caracas.

Consejo de Estado, Sentencias de la Sección Segunda: del 30 de junio de 2005, del 12 de noviembre de 2009 y del 28 de enero de 2010.

Corte Constitucional, Sentencias C-109 DE 1995, C-030 DE 1997, SU-250 DE 1998, SU-640 de 1998, C-372 DE 1999, C-734 de 2000, T- 203 de 2002, C-426 DE 2002, T- 843 de 2004, T-804 de 2005, T-549 de 2007, T-104 de 2009, C-588 DE 2009, SU-917 de 2010.

Percio, Enrique (2009). *Política o Destino*, Buenos Aires, Editorial Suramericana.

_____ (2010) *La Condición Social – Consumo, poder y representación en el capitalismo tardío*, Buenos Aires, Jorge Baudino Ediciones.

Fuentes, Guillermo; Güemes, María Cecilia e Isaza, Carolina, (2009). *Modernizar y Democratizar la Función Pública. Una Mirada desde la Realidad Latinoamericana*. Revista Enfoques, Vol. VII No. 11.

Jiménez Benítez, William, *Reforma Administrativa y Carrera Administrativa en Colombia: frustraciones, razones y oportunidades*, X Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Santiago, Chile, págs. 18 - 21 Oct. 2005.

Longo, Francisco (2004). *Mérito y Flexibilidad – La gestión de las personas en las organizaciones del sector público*, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica.

Losada I Marrodán, Carlos (comp.) (1999). *De burócratas a gerentes – las ciencias de la gestión aplicadas a la gestión del Estado*. Washington D.C. Banco Interamericano de Desarrollo.

Malagón Pinzón, Miguel, *La Carrera Administrativa En La Administración Pública Indiana*, En: Revista de Estudios Socio-Jurídicos, Bogotá (Colombia), enero-junio de 2005.

Martínez Cárdenas, Edgar Enrique. *La Carrera Administrativa en Colombia: 70 Años de Ficción*, En: Revista Opinión Jurídica, Vol. 9, No. 18, Julio-Diciembre de 2010. Medellín, Colombia.

Molina Betancur, Carlos Mario y otros (2006). *Derecho Constitucional General*, Medellín, Universidad de Medellín.

Molina, Gerardo (1849). “*Las ideas Liberales en Colombia*”, Bogotá.

Pérez-Bedmar, María de Sande (2006). *Empleo y Prestación de Servicios en la Administración Pública*, Valladolid, Editorial Lex Nova.

Prats I Catalá, Joan (Coordinator) (2006). *A los Príncipes Republicanos – Gobernanza y desarrollo desde el republicanismo cívico*, Madrid, INAP.

Puentes, Germán (2004). *La carrera administrativa: ¿anhelo o realidad?* Revista Desafíos, Bogotá, Universidad del Rosario.

Revista Reflexión Política, Año 12, No. 23, junio de 2010, Bucaramanga, UNAB.

Rincón Córdoba; Jorge Iván (2009). *Derecho Administrativo Laboral – Empleo público, sistema de carrera administrativa y derecho a la estabilidad laboral*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Villegas Arbeláez, Jairo (2005). *Derecho Administrativo Laboral*, Bogotá, Legis.

Younes Moreno, Diego (1994). *Carrera Administrativa*, En Implicaciones Jurídicas de la Reforma Administrativa, Bogotá, Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario – Biblioteca Jurídica Díké.

_____ (2004). *Panorama de las Reformas del Estado y de la Administración Pública*, Bogotá, Universidad del Rosario.

_____ (2005). *Derecho Administrativo Laboral*, Bogotá, Editorial Temis.